

University of Groningen

Case note: ECLI:EU:C:2018:735 (Bankia/Merino)

Pavillon, Charlotte

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C., (2018). *Case note: ECLI:EU:C:2018:735 (Bankia/Merino)*, Nr. C-109/17, Nr. ECLI:EU:C:2018:735, 6 blz., sep. 19, 2018. (Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken; Vol. 2018, Nr. 6).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

sumenten hecht waarde aan de privacy, cybersecurity en nieuwe functionaliteiten die gepaard gaan met updates en upgrades. De informatie over het updatebeleid kan de keuze van deze consumenten beïnvloeden.

De Rechtbank Den Haag laat de vraag of informatie over het updatebeleid dient te worden gekwalificeerd als essentiële informatie in de zin van art. 6:193d BW onbesproken. Zij gaat niet in op de informatievoorziening ten tijde van de dagvaarding, maar beoordeelt de vorderingen naar de stand van zaken tijdens de zitting. Samsung heeft de informatievoorziening in de tussentijd sterk verbeterd. Hoewel de consument nog steeds moet doorklikken en -scrollen om alle informatie te lezen, mag dit van hem als redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument worden verwacht (overweging 4.20).

Samsung komt hiermee goed weg. Het feit dat het bedrijf zijn informatievoorziening voor de toekomst verbetert, betekent immers niet dat een oordeel over het verleden zonder waarde is. Een consument die de telefoon onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk heeft gekocht, kan deze overeenkomst vernietigen op grond van art. 6:193j lid 3 BW. Hij heeft bovendien op grond van lid 2 recht op een schadevergoeding, bijvoorbeeld omdat hij de telefoon eerder heeft moeten vervangen. De consument dient hiervoor wel het causale verband tussen de oneerlijke handelspraktijk en de overeenkomst of schade aan te tonen.⁸

Samsung is al jaren de leider op de Nederlandse markt voor mobiele telefoons.⁹ Een verklaring voor recht dat Samsung zich gedurende een bepaalde periode en/of ten aanzien van bepaalde modellen schuldig heeft gemaakt aan een oneerlijke handelspraktijk, kan daarom gevolgen hebben voor een grote hoeveelheid overeenkomsten. Een dergelijke concrete verklaring is in deze procedure echter niet gevorderd. De Consumentenbond vordert slechts een verklaring dat het verschaffen van onvoldoende informatie, in algemene zin, in strijd is de maatschappelijke zorgvuldigheid en art. 6:193d en 193 BW en een bevel om in de toekomst betere informatie te verschaffen. De Rechtbank Den Haag heeft zich daarom kunnen beperken tot de bespreking van de informatievoorziening op het moment van de zitting.

4. Het conflict tussen de Consumentenbond en Samsung ziet op belangrijke kwesties met betrekking tot de informatie- en updateverplichtingen van de ontwikkelaar en verkoper van (*embedded*) software. De Consumentenbond steekt zijn vorderingen algemeen en principieel in. De Rechtbank Den Haag grijpt de algemene formulering van de vorderingen echter aan om de moeilijke vragen te ontwijken. Zij laat zich niet verleiden tot *obiter dicta* over de precieze omvang van de verplichtingen. Zij maakt bijvoorbeeld niet duidelijk onder welke omstandigheden er wel een verplichting tot het updaten van het besturings-

systeem bestaat en of de informatie over het updatebeleid essentieel is op grond van art. 6:193d lid 2 of art. 6:193e sub a BW. Deze uitspraak draagt hierdoor slechts in beperkte mate bij aan de concretisering van de open normen en het consumentenrecht in de context van software.¹⁰

Mr. P.T.J. Wolters

HvJ EU 19 september 2018, C-109/17

ECLI:EU:C:2018:735

(Bankia/Merino)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- oneerlijke handelspraktijken
- oneerlijke bedingen
- ambtshalve toetsing
- gedragscodes
- vernietiging

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste prejudiciële vraag

25. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 11 van richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die de rechter die kennisneemt van de hypothecaire executieprocedure verbiedt de geldigheid van de executoriale titel ambtshalve of op verzoek van een partij te toetsen uit het oogpunt van het bestaan van oneerlijke handelspraktijken en, in ieder geval, de rechter die bevoegd is voor de beslissing ten gronde over het bestaan van deze praktijken verbiedt voorlopige maatregelen te nemen, zoals de schorsing van de hypothecaire executieprocedure.

26. Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat volgens Bankia de verlaging van de taxatiewaarde van de verhypothekerde zaak in het hoofdgeding niet kan worden beschouwd als een 'handelspraktijk' in de zin van artikel 2, onder d), van richtlijn 2005/29, aangezien deze niet 'rechtstreeks verband' houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product of dienst aan de consument. In ieder geval is deze verlaging niet 'oneerlijk' in de zin van artikel 5, lid 2, van deze richtlijn. In deze omstandigheden hoeft de eerste prejudiciële vraag niet te worden beantwoord, aangezien richtlijn 2005/29 in casu niet van toepassing is.

27. Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling dat alleen wanneer de verwijzende rechter de geldigheid van de executoriale titel in het licht van richtlijn 2005/29 mag of moet toetsen – hetgeen juist afhangt van het antwoord op zijn eerste vraag – hij moet nagaan of

p. 31; C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen; Serie Recht en Praktijk, deel CR4), Deventer: Kluwer 2011, p. 297-302.

8. Zie ook L.B.A. Tigelaar, 'Sancties op schending van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten', *TvC* 2013, afl. 4, p. 158; C.J.J.C. van Nispen, commentaar op art. 6:193j BW, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online), aant. 4-6 (online, bijgewerkt 14 oktober 2017); C.M.D.S. Pavillon, 'Annotatie bij Rb. Amsterdam 5 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6552', *TvC* 2018, afl. 1, p. 52-53.

9. Zie bijvoorbeeld Dagvaarding, nr. 13; Deloitte, *Global Mobile Consumer Survey 2016. The Netherlands*, 2016; Deloitte, *Global Mobile Consumer Survey 2017. The Netherlands*, 2017.

10. Zie ook P.W.J. Verbruggen & P.T.J. Wolters, 'Consument en cybersecurity. Een agenda voor Europese Harmonisatie van zorgplichten', *TvC* 2017, afl. 1, p. 22; Wolters 2018.

deze richtlijn van toepassing is op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde feiten.

28. Bijgevolg dient de eerste prejudiciële vraag te worden beantwoord.

29. In dit verband moet in herinnering worden geroepen dat richtlijn 2005/29 ertoe strekt een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door de regels inzake oneerlijke handelspraktijken volledig te harmoniseren (zie in die zin arrest van 16 april 2015, UPC Magyarorszag, C-388/13, EU:C:2015:225, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30. Het is juist om een dergelijk hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, dat die richtlijn voorziet in een algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken die het economische gedrag van consumenten verstoren (zie in die zin arrest van 19 december 2013, Trento Sviluppo en Centrale Adriatica, C-281/12, EU:C:2013:859, punten 31 en 32).

31. Het is echter ook vaste rechtspraak dat die richtlijn in artikel 5, lid 1, slechts bepaalt dat oneerlijke handelspraktijken ‘verboden zijn’ en de lidstaten dus een beoordelingsmarge laat bij de keuze van de nationale maatregelen om deze praktijken overeenkomstig de artikelen 11 en 13 van deze richtlijn te bestrijden, op voorwaarde dat deze maatregelen passend en doeltreffend zijn en de vastgestelde sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn (zie in die zin arrest van 16 april 2015, UPC Magyarorszag, C-388/13, EU:C:2015:225, punten 56 en 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32. Bovendien vormt richtlijn 2005/29, overeenkomstig overweging 9, geen beletsel voor het instellen van met name individuele vorderingen door degenen die schade hebben geleden ten gevolge van oneerlijke handelspraktijken en doet deze evenmin afbreuk aan de Unie- en nationale regels inzake verbintenissenrecht, met inbegrip van – zoals uitdrukkelijk blijkt uit artikel 3, lid 2, van deze richtlijn – de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten.

33. Bijgevolg kan een overeenkomst die dient als executoriale titel niet ongeldig worden verklaard alleen op grond dat deze bedingen bevat die strijdig zijn met het algemene verbod op oneerlijke handelspraktijken van artikel 5, lid 1, van die richtlijn.

34. Daaruit volgt dat voor de nuttige werking van richtlijn 2005/29 niet vereist is dat de lidstaten de rechter die kennisneemt van de hypothecaire executieprocedure, toestaan de geldigheid van de executoriale titel ambtshalve of op verzoek van een partij te toetsen uit het oogpunt van het bestaan van oneerlijke handelspraktijken.

35. In deze context vraagt de verwijzende rechter zich onder verwijzing naar met name het arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), ook af of artikel 11 van deze richtlijn, dat onder meer vereist dat de nationale maatregelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken passend en doeltreffend zijn, in de weg

staat aan een nationale regeling als vervat in de artikelen 695 en 698 van de wet op de burgerlijke rechtsvordering, volgens welke de consument niet alleen zich niet kan verzetten tegen de hypothecaire executieprocedure met het argument dat aan de executoriale titel oneerlijke handelspraktijken ten grondslag liggen, aangezien de executierechter niet bevoegd is om deze toetsing te verrichten, maar daartoe ook een beroep ten gronde bij een andere rechter moet instellen, die deze hypothecaire executieprocedure niet kan schorsen.

36. Anders dan inzonderheid de Europese Commissie aanvoert, kan de conclusie van het Hof in dat arrest, dat werd gewezen in het kader van richtlijn 93/13, niet worden uitgebreid tot richtlijn 2005/29, aangezien deze richtlijnen er weliswaar allebei toe strekken een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, maar deze doelstelling op verschillende manieren nastreven.

37. Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 bepaalt immers uitdrukkelijk dat oneerlijke bedingen de consument niet binden.

38. Aangezien deze dwingende bepaling beoogt het in de overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reël evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt, dient de nationale rechter, zelfs ambtshalve, te beoordelen of een contractueel beding dat binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13 valt, oneerlijk is, en aldus het gebrek aan evenwicht tussen de consument en de handelaar te compenseren (zie in die zin arrest van 14 juni 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, punten 40 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39. Gelet op deze rechtspraak heeft het Hof in punt 59 van het arrest van 14 maart 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), geoordeeld dat een procedure als die welke in wezen voortvloeit uit de artikelen 695 en 698 van de wet op de burgerlijke rechtsvordering afbreuk deed aan de doeltreffendheid van de door richtlijn 93/13 nagestreefde bescherming, doordat de rechter in de declaratoire procedure, bij wie de consument een verzoek had ingediend, strekkende tot vaststelling dat een aan een executoriale titel ten grondslag liggend contractueel beding oneerlijk was in het licht van richtlijn 93/13, in de onmogelijkheid verkeerde om voorlopige maatregelen tot schorsing of vertraging van de hypothecaire executieprocedure te gelasten wanneer dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn ter verzekering van de volle werking van zijn einduitspraak.

40. Dat geldt niet voor richtlijn 2005/29.

41. Zoals in de punten 32 en 33 van het onderhavige arrest is opgemerkt, verbiedt die richtlijn immers alleen oneerlijke handelspraktijken.

42. Bovendien eist artikel 11 van richtlijn 2005/29 van de lidstaten alleen dat zij zorgen voor de invoering van passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken. Deze middelen kunnen

bestaan in het in rechte optreden tegen deze praktijken of in een administratief beroep met mogelijkheid tot beroep bij de rechter, waarbij dat optreden en dat beroep ertoe strekken een einde te maken aan deze praktijken. Voorts moeten lidstaten krachtens artikel 13 van deze richtlijn zorgen voor een gepast stelsel van sancties voor beroepsbeoefenaren die oneerlijke handelspraktijken toepassen.

43. Daaruit volgt dat een contractueel beding louter op basis van de bepalingen van die richtlijn niet ongeldig kan worden verklaard, ook al zijn de partijen bij de overeenkomst dit overeengekomen op basis van een oneerlijke handelspraktijk.

44. In deze omstandigheden vereist richtlijn 2005/29 ter verzekering van de volle werking van de einduitspraak van de rechter bij wie een beroep ten gronde inzake het bestaan van dergelijke praktijken is ingesteld, niet dat deze rechter voorlopige maatregelen vaststelt, zoals de schorsing van de hypothecaire executieprocedure. Deze uitspraak zou hoe dan ook, louter op basis van deze richtlijn, geen gevolgen met zich mee kunnen brengen voor de geldigheid van de betrokken overeenkomst en, a fortiori, voor de geldigheid van de executoriale titel.

45. Het is zo dat een nationale regeling niet voldoet aan de vereisten van artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13 wanneer zij niet voorziet in de mogelijkheid tot schorsing van een hypothecaire executieprocedure, zodat met de uitspraak van de rechter in de declaratoire procedure waarbij het oneerlijke karakter van het aan de hypotheek ten grondslag liggende contractueel beding wordt vastgesteld en de uitwinningprocedure dus nietig wordt verklaard, in alle gevallen waarin de uitwinning van de met hypotheek bezwaarde onroerende zaak reeds vóór deze uitspraak heeft plaatsgevonden, aan de consument slechts bescherming achteraf wordt geboden die uitsluitend in schadevergoeding bestaat (arrest van 14 maart 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, punt 60). Om de in punt 44 genoemde reden geldt dit echter niet voor de vereisten van artikel 11 van richtlijn 2005/29.

46. Aangezien deze richtlijn, zoals in punt 32 van dit arrest in herinnering is gebracht, geen beletsel vormt voor het instellen van individuele vorderingen door degenen die schade hebben geleden ten gevolge van oneerlijke handelspraktijken en evenmin afbreuk doet aan de Unie- en nationale regels inzake verbintenissenrecht, kan een bescherming die in schadevergoeding bestaat immers worden beschouwd als één van de door artikel 11 van richtlijn 2005/29 vereiste passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken.

47. Een regeling als aan de orde in het hoofdgeding kan bijgevolg geen afbreuk doen aan de doeltreffendheid van de door richtlijn 2005/29 nagestreefde bescherming.

48. Dit gezegd zijnde dient nog te worden benadrukt dat wanneer de rechter die kennisneemt van de hypothecaire executieprocedure de geldigheid van de executoriale titel toetst in het licht van richtlijn 93/13, of dit nu ambtshalve dan wel – zoals in casu het geval lijkt te zijn – op verzoek

van een partij is, het hem vrijstaat om in het kader daarvan het oneerlijke karakter te beoordelen van een handelspraktijk op basis waarvan deze titel tot stand is gekomen.

49. De kwalificatie van een handelspraktijk als oneerlijk volstaat als zodanig weliswaar niet om vast te stellen dat een beding in een overeenkomst oneerlijk is, maar is een van de elementen die de bevoegde rechter kan betrekken in zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen in een overeenkomst, welke beoordeling overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 93/13 alle omstandigheden van het betrokken geval in aanmerking moet nemen (zie in die zin arrest van 15 maart 2012, Pereničová en Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, punten 43 en 44).

50. Uiteraard heeft de kwalificatie als oneerlijke handelspraktijk geen rechtstreekse gevolgen voor de vraag of de overeenkomst geldig is uit het oogpunt van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13 (arrest van 15 maart 2012, Pereničová en Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, punt 46).

51. Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 11 van richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die de rechter die kennisneemt van de hypothecaire executieprocedure verbiedt de geldigheid van de executoriale titel ambtshalve of op verzoek van een partij te toetsen uit het oogpunt van het bestaan van oneerlijke handelspraktijken en, in ieder geval, de rechter die bevoegd is voor de beslissing ten gronde over het bestaan van deze praktijken verbiedt voorlopige maatregelen te nemen, zoals de schorsing van de hypothecaire executieprocedure.

Tweede en derde vraag

52. Met de tweede en de derde vraag, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wenz te vernemen of artikel 11 van richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling die een gedragscode als vermeld in artikel 10 van deze richtlijn geen juridisch bindend karakter verleent.

53. Bankia en de Spaanse regering zijn van mening dat deze vragen niet hoeven te worden beantwoord, aangezien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gedragscode voor banken in ieder geval geen gedragscode is in de zin van artikel 10 van richtlijn 2005/29.

54. Dienaangaande zij opgemerkt dat het niet aan het Hof staat om vast te stellen of deze gedragscode voor banken binnen de definitie van de gedragscode in artikel 2, onder f), van die richtlijn valt.

55. Aangezien de twijfels dienaangaande voorts het vermoeden van relevantie dat aan elke prejudiciële vraag wordt toegekend niet kunnen omkeren (arrest van 20 september 2017, Andriuc e.a., C-186/16, EU:C:2017:703, punt 20), dienen deze vragen te worden beantwoord.

56. Daartoe zij eraan herinnerd dat in dat artikel 2, onder f), de 'gedragscode' wordt gedefinieerd als 'een overeenkomst of een aantal niet bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat voorgeschreven regels waarin wordt vastgesteld hoe handelaren (...) zich moeten gedragen'.

57. Zoals blijkt uit overweging 20 van richtlijn 2005/29 bestaat de rol die in de richtlijn aan deze codes wordt gegeven erin handelaren in staat te stellen zelf in bepaalde economische sectoren de beginselen van deze richtlijn effectief toe te passen, de vereisten inzake professionele toewijding na te leven en het inschakelen van een administratieve of rechterlijke instantie te voorkomen.

58. Artikel 6, lid 2, onder b), van richtlijn 2005/29 bepaalt weliswaar dat de niet-nakoming door de handelaar van een gedragscode een oneerlijke handelspraktijk kan vormen, maar deze richtlijn verplicht de lidstaten niet te voorzien in rechtstreekse gevolgen voor handelaren alleen omdat zij zich niet hebben gehouden aan een gedragscode nadat zij deze hebben onderschreven.

59. In deze omstandigheden dient op de tweede en de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 11 van richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling die een gedragscode als vermeld in artikel 10 van deze richtlijn geen juridisch bindend karakter verleent.

Kosten

60. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 11 van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, die de rechter die kennisneemt van de hypothecaire executieprocedure verbiedt de geldigheid van de executoriale titel ambtshalve of op verzoek van een partij te toetsen uit het oogpunt van het bestaan van oneerlijke handelspraktijken en, in ieder geval, de rechter die bevoegd is voor de beslissing ten gronde over het bestaan van deze praktijken verbiedt voorlopige maatregelen te nemen, zoals de schorsing van de hypothecaire executieprocedure.

2) Artikel 11 van richtlijn 2005/29 moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale regeling die een gedragscode als vermeld in artikel 10 van deze richtlijn geen juridisch bindend karakter verleent.

NOOT

1. Een nieuwe wending

De continue dialoog tussen Spaanse rechters en het Hof van Justitie over de betekenis van Europees consumentenrecht voor de bescherming van de hypotheekgever neemt in deze zaak een interessante wending. Waar in de meeste prejudiciële procedures de richtlijn oneerlijke bedingen centraal staat, wil de rechter i.c. nagaan of de richtlijn oneerlijke handelspraktijken een extra troef is in handen van de met een uitwinningprocedure geconfronteerde consument. De rechter vraagt zich ten eerste af of 'artikel 11 van richtlijn 2005/29 aldus [moet] worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling zoals de vigerende Spaanse hypothecaire executieregeling (...), waarin geen rechterlijke toetsing van oneerlijke handelspraktijken plaatsvindt, noch ambtshalve noch op verzoek van een partij, aangezien deze regeling de toetsing van overeenkomsten en akten waarbij mogelijkerwijs sprake is van oneerlijke handelspraktijken, bemoeilijkt of onmogelijk maakt'.

De tweede en derde vraag betreffen de onmogelijkheid om tijdens de executieprocedure de naleving van de bijbehorende 'gedragscode' door banken te waarborgen en af te dwingen, met name wat betreft de voorwaarden waaronder de kredietnemers de executie kunnen vermijden en zich van de schuld kunnen bevrijden door de woning in betaling te geven en daar te blijven wonen als huurders.

2. De ambtshalve toetsing aan de regeling OHP

De eerste vraag beantwoordt het Hof ontkennend. Een rechterlijke toetsing aan de regeling OHP behoeft in deze uitwinningprocedure niet plaats te vinden, ook niet ambtshalve. Hoewel de consumentenbescherming om een verbod op oneerlijke handelspraktijken vraagt (r.o. 30), is het aan de lidstaten om passende en doeltreffende maatregelen te nemen om dergelijke praktijken te bestrijden (art. 11) en om doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties te treffen (art. 13) (r.o. 31 en 42). De richtlijn OHP staat lidstaten wel toe om individuele remedies aan oneerlijke handelspraktijken te koppelen, zoals de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen (r.o. 32 en 46). Deze mogelijkheid bestaat ook in Nederland door de omzetting van de oneerlijke handelspraktijk als species van de onrechtmatige daad (art. 6:193b BW e.v.). Echter, zo benadrukt het Hof, doet de richtlijn OHP geen 'afbreuk aan de Unie- en nationale regels inzake verbintenissenrecht, met inbegrip van – zoals uitdrukkelijk blijkt uit artikel 3, lid 2, van deze richtlijn – de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten' (r.o. 32 en 46).

Het Hof gaat uitgebreid in op de verschillen tussen de richtlijn OHP en de richtlijn oneerlijke bedingen wat betreft de civielrechtelijke sanctie op een oneerlijke handelspraktijk resp. oneerlijk beding. Volgens art. 6 van laatstgenoemde richtlijn binden oneerlijke bedingen de consument niet. Een dergelijke bepaling ontbreekt in de richtlijn OHP: een overeenkomst is niet ongeldig omdat deze is gesloten op grond van een oneerlijke handelspraktijk (r.o. 43). Een vernietigingsactie zoals die is neergelegd in art. 6:193j lid 3 BW wordt niet voorgeschreven door de richtlijn en vormt een 'vrije' invulling van de in art. 13

richtlijn OHP neergelegde eis om doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties te treffen. De richtlijn vergt dan ook niet dat de Spaanse rechter op verzoek van een partij de geldigheid van de executoriale titel toetst 'uit het oogpunt van het bestaan van oneerlijke handelspraktijken', laat staan dat hij dit ambtshalve doet (r.o. 33-34). Dat de Spaanse procedure deze toets niet toelaat, is dus niet in strijd met de richtlijn OHP.

Omdat de Nederlandse wetgever de geldigheid van een contract wel van het bestaan van oneerlijke handelspraktijken laat afhangen, dient de rechter die beschikt over de daartoe noodzakelijke gegevens die geldigheid te toetsen. Tigelaar en ikzelf bepleiten een actieve houding van de rechter bij de sanctionering van oneerlijke handelspraktijken in een individueel geval.¹ Dit pleidooi baseren wij o.m. op het Europese beginsel van gelijkwaardigheid.² Deze uitspraak doet wat ons betreft niets af aan ons betoog. Zij lijkt bovendien 'beperkt houdbaar'. Dat de Commissie in de *New Deal* voorstelt om individuele contractuele remedies in te voeren, zoals *ten minste* de mogelijkheid voor de consument om de overeenkomst eenzijdig te beëindigen,³ markeert het einde van art. 3 lid 2 richtlijn OHP in zijn huidige formulering.⁴ Of deze toekomstige Europese remedie volgens het Hof ambtshalve moet worden toegepast, zal dan moeten blijken, maar een bevestigend antwoord op die vraag is niet ondenkbaar.

3. De verhouding tussen oneerlijke handelspraktijk en oneerlijk beding

De onderlinge verhouding tussen oneerlijke handelspraktijk en oneerlijk beding komt in het arrest ook aan bod. Het Hof benadrukt in lijn met vaste rechtspraak dat het bestaan van een oneerlijke handelspraktijk *als gezichtspunt* kan worden meegewogen in het kader van de ambtshalve toetsing van een beding. In dát kader behoeft de rechter het bestaan van de oneerlijke handelspraktijk evenmin ambtshalve op te werpen. Het staat hem wel vrij om dit te doen (r.o. 48-49). Deze vrijblijvendheid houdt volgens het Hof ook verband met de gevolgen van de vaststelling van een oneerlijke handelspraktijk voor de geldigheid van een beding. Volgens het Hof heeft 'de kwalificatie als oneerlijke handelspraktijk (uiteraard) geen rechtstreekse gevolgen voor de vraag of de overeenkomst

geldig is uit het oogpunt van artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13' (r.o. 50). Hiermee doelt het Hof kennelijk op het feit dat niet de definitie van een oneerlijke handelspraktijk maar die van een oneerlijk beding (zoals neergelegd in art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13) beslissend is. Zo niet, dan is de stellingheid van deze overweging opmerkelijk. Immers, als het bestaan van een oneerlijke handelspraktijk mee mag wegen in de toetsing, bij de invulling van de goedetrouw-eis⁵ alsook bij de vaststelling van een aanzienlijke verstoring⁶, dan heeft zij directe gevolgen voor de uitkomst hiervan en dus voor de geldigheid van het beding. De terughoudendheid van het Hof is begrijpelijk gezien het feit dat de nationale rechter naar vaste EU-rechtspraak een beding pas ambtshalve moet toetsen als 'hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt'.⁷ Naar deze gegevens behoeft de rechter volgens die rechtspraak echter geen onderzoek te doen. Aan deze jurisprudentie wordt helaas niet gerefereerd. Er wordt evenmin ingegaan op de manier waarop het gegeven dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk de rechter op het spoor van een oneerlijk beding kan zetten en de criteria uit de definitie van een oneerlijk beding inkleurt. De verhouding tussen beide richtlijnen roept de nodige vragen op, vragen die vanuit Europa slechts zijdelings worden geadresseerd.⁸

Overigens volgt uit het Heesakkers/Voets-arrest van de Hoge Raad dat wanneer 'de noodzakelijke gegevens' een *vermoeden* van oneerlijkheid opleveren, de Nederlandse rechter hier *nader* onderzoek naar moet doen en daartoe zo nodig instructiemaatregelen moet nemen.⁹ Dit gaat verder dan wat het Hof van hem verlangt. Al doende kan de rechter alsnog stuiten op een oneerlijke handelspraktijk en eventueel besluiten om een beding (of de overeenkomst) op grond van art. 6:193j lid 3 BW te vernietigen. Ik denk hierbij aan verrassende bedingen die de toets van art. 6:233 sub a BW doorstaan maar als een misleidende praktijk of omissie kunnen worden bestempeld.¹⁰

4. De betekenis van de richtlijn OHP voor de bindende kracht van gedragscodes

De twee vragen over de 'bindende kracht' van de bancaire gedragscode beantwoordt het Hof eveneens ontkennend door erop te wijzen dat de richtlijn OHP gedragscodes niet juridisch bindend maakt. Een bepaling die een

1. C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, 'Vernietiging van de overeenkomst bij een oneerlijke handelspraktijk; een hanteerbare sanctie', *Contracteren* 2018, afl. 3, p. 73. De bron is openbaar toegankelijk via www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/contracteren/2018/3/Contr_1566-0893_2018_020_003_002.
2. De nationale rechter is immers verplicht om de nationaalrechtelijke regeling koop op afbetaling ambtshalve toe te passen: HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.11.1 waarover A.S. Hartkamp in zijn annotatie bij HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, *JOR* 2016/116, sub 6.
3. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad, en Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de EU, art. 1 onder 4 (m.b.t. de invoering van art. 11bis in de richtlijn OHP).
4. Het bevreemdt dat het voorstel deze bepaling niet aanpast daar contractuele sancties wel degelijk aan de rechtsgevolgen van overeenkomsten raken.
5. Hierbij is van belang dat de persoonsgerichte bejegening van de consument zoals het niet verschaffen van informatie als een handelspraktijk kan worden gekwalificeerd: HvJ EU 16 april 2015, C-388/13 (*Hatosag/UPC*).
6. Ik denk hierbij aan art. 6:193c lid 1 sub g en art. 6:193h lid 2 sub e BW, een misleidende resp. agressieve handelspraktijk die in algemene voorwaarden kan zijn vervat en het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.
7. HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, r.o. 35.
8. Zie bijv. Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken (COM(2016)320 final), par. 1.4.5.
9. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.9.1 en 3.9.2.
10. Rb. Noord-Holland 17 september 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9422.

gedragscode als vermeld in art. 10 richtlijn geen juridisch bindend karakter verleent is niet in strijd met art. 11 richtlijn. Art. 6 lid 2 sub b richtlijn – in Nederland omgezet in art. 6:193c lid 2 sub b BW – ‘bepaalt weliswaar dat de niet-nakoming door de handelaar van een gedragscode een oneerlijke handelspraktijk kan vormen, maar deze richtlijn verplicht de lidstaten niet te voorzien in rechtstreekse gevolgen voor handelaren alleen omdat zij zich niet hebben gehouden aan een gedragscode nadat zij deze hebben onderschreven’ (r.o. 58).

De negatieve tournure van deze overweging verbaast mij enigszins. Onder de voorwaarden gesteld in art. 6 lid 2 sub b richtlijn – de geschonden verplichting in de gedragscode is concreet en kenbaar én de handelaar heeft aangegeven aan deze code gebonden te zijn – en mits de gemiddelde consument door deze misleiding een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen, is sprake van een misleidende handelspraktijk en moeten hier in het licht van art. 11 jo. 13 richtlijn voor de desbetreffende handelaar sancties aan worden verbonden. De aangehaalde rechtsoverweging miskent dit. Zij doet geen recht aan het feit dat art. 6 lid 2 sub b richtlijn de bindende kracht van gedragscodes wel degelijk versterkt.¹¹ Zij gaat aldus volledig voorbij aan de bestaande wisselwerking tussen naleving van gedragscodes en bestrijding van oneerlijke handelspraktijken,¹² een wisselwerking die naar ik meen juist verder zou moeten worden geïntensiveerd.¹³ Helaas is hiervan in de genoemde *New Deal* geen sprake en stemt deze uitspraak mij weinig hoopvol.

5. Slotbeschouwingen

Al met al contrasteert deze uitspraak sterk met de lange reeks ‘Spaanse uitspraken’ waarin, teneinde de met een uitwinningprocedure geconfronteerde consument tegemoet te komen, de rode loper wordt uitgerold voor de richtlijn oneerlijke bedingen. Kennelijk ziet het Hof geen rol weggelegd voor de richtlijn OHP in de *individuele* aanpak van het Spaanse hypotheekdebacle. Dit is begrijpelijk gelet op het (vooralsnog) ontbreken van contractuele remedies in deze richtlijn.

De repercussies van dit arrest op het Nederlandse recht zijn in mijn ogen echter gering. Noch de ambtshalve toepassing van art. 6:193b jo. 6:193j lid 3 BW, noch de vaststelling van het bestaan van een oneerlijke praktijk in het kader van de ambtshalve toetsing aan art. 6:233 sub a BW mag hierdoor worden ontmoedigd. Aan de op grond van art. 6:193c lid 2 sub b BW toegenomen bindende kracht van gedragscodes veranderen de weinigzeggende overwegingen van het Hof niets. De uitspraak doet simpelweg tekort aan het potentieel van de richtlijn, een potentieel dat de Nederlandse wetgever met de invoering van art. 6:193j lid 3 BW en thans ook de Europese Commissie verder wil benutten.

Mw. prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon

11. C.M.D.S. Pavillon, ‘De bindende kracht van tweezijdige algemene voorwaarden’, *NTBR* 2013, afl. 10, p. 16-17. De Consumentenautoriteit (de voorloper van de ACM) heeft art. 6:193c lid 2 sub b BW aangewend om keukenzaken te beboeten die zich niet aan de door hen gehanteerde CBW-voorwaarden hielden.

12. M.-C. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law* (diss Tilburg), Tilburg: Prisma Print 2016, p. 87-90.

13. C.M.D.S. Pavillon, ‘The Interaction between the Unfair Commercial Practices Directive and Self-Regulation: The Case of Codes of Conduct’, in: W.H. van Boom, A. Garde & O. Akseli (red.), *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Farnham: Ashgate 2014, p. 137-172.